

# VU Research Portal

## Case note: Hoge Raad (Artikel 31 lid 1 Vluchtelingenverdrag I)

Borgers, M.J.

2013

[Link to publication in VU Research Portal](#)

### ***citation for published version (APA)***

Borgers, M. J., (2013). *Case note: Hoge Raad (Artikel 31 lid 1 Vluchtelingenverdrag I)*, No. 331, Nov 06, 2012. (Nederlandse jurisprudentie; Vol. 2013).

### **General rights**

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

### **Take down policy**

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

### **E-mail address:**

[vuresearchportal.ub@vu.nl](mailto:vuresearchportal.ub@vu.nl)

*HR 6 november 2012, nr. 10/04365*

M.J. Borgers

1. Artikel 31 lid 1 Vluchtelingenverdrag verbiedt het opleggen van straffen aan vluchtelingen vanwege illegale binnenkomst of illegaal verblijf, indien zij rechtstreeks komen van een grondgebied waar hun leven of vrijheid werd bedreigd en zij zich onverwijd bij de autoriteiten melden en deze overtuigen, dat zij geldige redenen hebben voor hun onrechtmatige binnenkomst of aanwezigheid. Dit verbod is in de Nederlandse context (ook) aan de orde, zo heeft de Hoge Raad geoordeeld, indien een vluchteling wordt vervolgd wegens het bezit van valse identiteitspapieren, wanneer dat bezit samenhangt met de illegale binnenkomst of het illegale verblijf (HR 13 oktober 2009, *NJ* 2009/531). Waar artikel 31 lid 1 Vluchtelingenverdrag naar de letter spreekt van het (niet-)opleggen van straffen ('shall not impose penalties'), leest de Hoge Raad in deze verdragsbepaling een vervolgingsbeletsel. Hoewel een andere wijze van inbedding wellicht ook mogelijk zou zijn geweest (het aanvaarden van een kwalificatieuitsluitingsgrond; een imperatieve toepassing van artikel 9a Sr), is het inlezen van een vervolgingsbeletsel in artikel 31 lid 1 Vluchtelingenverdrag passend. Het gaat er immers om, wanneer aan de gestelde voorwaarden wordt voldaan (en ook vaststaat dat het bezit van valse identiteitspapieren samenhangt met de illegale binnenkomst of het illegale verblijf), dat een vluchteling niet wordt belast met een strafzaak en dat impliceert dat geen vervolging wordt geëntameerd.

2. In de hierboven afgedrukte uitspraak bespreekt de Hoge Raad uitvoerig de wijze waarop dient te worden beoordeeld of men van doen heeft met een 'vluchteling' in de zin van het Vluchtelingenverdrag. Van een vervolgingsbeletsel is immers eerst sprake indien degene die wordt vervolgd, als zodanig heeft te gelden. De slotsom van de Hoge Raad is dat het openbaar ministerie alleen ontvankelijk is in de vervolging indien onverwijd en zonder nader onderzoek kan worden vastgesteld dat de stelling van de vreemdeling dat hij een 'vluchteling' in de zin van het Vluchtelingenverdrag is, ongegrond is.

De Hoge Raad komt tot deze slotsom op basis van een uitvoerige argumentatie. De Hoge Raad stelt in rov. 2.3 voorop – onder verwijzing naar een door de Verenigde Naties uitgegeven *Handbook* – dat voor de vaststelling dat een vreemdeling een vluchteling is, geen erkenning van overheidswege is vereist. Daarmee lijkt te worden bedoeld dat de toekenning van de vluchtelingenstatus geen gunst van de overheid is en ook niet het resultaat van de toepassing van een discretionaire bevoegdheid betreft. Of een vreemdeling heeft te gelden als vluchteling, dient te worden bepaald op grond van de criteria die artikel 1 Vluchtelingenverdrag verschaft. Hiermee is – uiteraard – niet gezegd dat er geen procedures zouden (mogen) bestaan waarin van overheidswege wordt nagegaan of aan die criteria wordt voldaan.

Vervolgens vestigt de Hoge Raad in rov. 2.4 de aandacht op de bewijsproblemen waartegen de vreemdeling kan aanlopen indien hij een beroep doet op de vluchtelingenstatus. Van belang is dan onder andere dat ook van overheidszijde inspanningen worden geleverd om noodzakelijke documentatie en andere vormen van bewijs te vergaren. In rov. 2.6 bouwt de Hoge Raad hierop voort met de overweging dat het in strijd met de geest van het Vluchtelingenverdrag zou zijn wanneer de vreemdeling slechts

dan met vrucht een beroep zou kunnen doen op artikel 31 Vluchtelingenverdrag indien ten tijde van het instellen van de vervolging zou vaststaan dat hij aan alle voorwaarden voor de erkenning als vluchteling voldoet. Dwingend is de hier gebezigde argumentatie niet. Een overweging van de strekking dat in de strafprocedure alle ruimte zou moeten bestaan om de vluchtelingenstatus te onderzoeken, zonder daarbij eenzijdig de bewijslast bij de vreemdeling te leggen, zou strikt genomen ook zijn te verenigen met in het rov. 2.4 gestelde.

Dat de Hoge Raad deze laatstgenoemde weg niet volgt, kan worden verklaard aan de hand van rov. 2.5. Daarin constateert de Hoge Raad dat de vluchtelingenstatus 'vaak' zal worden beoordeeld in de bestuursrechtelijke procedure ter zake van de aanvraag tot verblijf. De Hoge Raad laat daarop een vaker gehanteerde overweging volgen omtrent de taakverdeling tussen de strafrechter en de bestuursrechter. Het komt mij voor dat de Hoge Raad aldus tot uitdrukking wil brengen dat een bestuursrechtelijke procedure zich veel beter leent voor statusdeterminatie (wel of geen vluchteling?) dan een strafrechtelijke, niet alleen omdat de bestuursrechtelijke procedure specifiek op die determinatie is toegesneden, maar ook omdat een strafrechtelijke procedure al snel een 'vijandige' indruk zal maken op de vreemdeling. Een procedure die begint met een beschuldiging ter zake van een tamelijk ernstig strafbaar feit, creëert niet direct de rust en de ruimte die benodigd is voor een onderzoek naar zoiets precairs als de vluchtelingenstatus. De Hoge Raad stelt dit niet klip en klaar, maar het ligt voor de hand om de overwegingen van de Hoge Raad zo te duiden. Het beroep op de bescherming die aan vluchtelingen dient toe te komen en op 'de geest van het Vluchtelingenverdrag' krijgt zo (meer) substantie.

In rov. 2.7 rondt de Hoge Raad zijn argumentatie af door te wijzen op de 'onredelijke risicoverdeling' die kan ontstaan door een premature strafrechtelijke vervolging wegens het bezit van valse identiteitspapieren. Het komt erop neer dat het openbaar ministerie in principe de uitkomst van de bestuursrechtelijke procedure ter zake van de statusdeterminatie afwacht, alvorens de vervolgingsbeslissing te nemen. Die benadering draagt bij aan de rust en de ruimte die nodig is voor een goede beoordeling van de vluchtelingstatus.

3. Deze benadering van de Hoge Raad verdient positieve waardering. Een zorgvuldige beoordeling van de vluchtelingenstatus is niet gebaat bij de overhaaste inzet van het strafrecht. Tegelijkertijd behoeft strafrechtelijke handhaving niet uit beeld te verdwijnen in die gevallen waarin de vreemdeling geen vluchteling blijkt te zijn, terwijl hij zich in relatie tot zijn illegale binnenkomst of verblijf schuldig heeft gemaakt aan strafbare feiten. Het komt dan aan op een juiste volgtijdelijkheid van de verschillende overheidsactiviteiten. Dit laat onverlet dat de overwegingen van de Hoge Raad op twee punten nader aandacht vragen.

4. Allereerst is van belang dat het arrest is geschreven vanuit het stramien dat de vreemdeling een aanvraag tot verblijf doet (vgl. de eerste volzin van rov. 2.5 en de derde volzin van rov. 2.7). Het ligt natuurlijk voor de hand dat de vreemdeling dit doet, ook omdat artikel 31 lid 1 Vluchtelingenverdrag de vreemdeling dwingt zich onverwijld bij de autoriteiten te melden. De vraag die niettemin rijst, is welke marge het openbaar ministerie en de strafrechter nog hebben om een zelfstandig oordeel te vellen over de vluchtelingenstatus. Die vraag is van belang omdat in eerdere rechtspraak van de Hoge Raad naar voren komt dat de strafrechter zich – juist – zelfstandig een oordeel vormt omtrent de toepasselijkheid

van artikel 31 Vluchtelingenverdrag (zie HR 11 oktober 2011, *NJ* 2011/483). Voor die toepasselijkheid is het onder andere van belang of de vreemdeling als vluchteling heeft te gelden.

Een deel van het antwoord ligt besloten in rov. 2.5, waar de Hoge Raad – in lijn met eerdere rechtspraak – de taakverdeling tussen de strafrechter en de bestuursrechter bespreekt. Het komt erop neer dat de strafrechter – behoudens bijzondere omstandigheden – in beginsel is gebonden aan het onherroepelijke oordeel in de bestuursrechtelijke procedure en zich dus niet opnieuw zelfstandig een oordeel over het beroep op de vluchtelingenstatus vormt. Even afgezien van de clausules ‘behoudens bijzondere omstandigheden’ en ‘in beginsel’ springt in het oog dat het hier gaat om een *onherroepelijk* bestuursrechtelijk oordeel. Strikt genomen betekent dit dat de strafrechter vrijelijk kan – en ook moet – oordelen wanneer de bestuursrechtelijke procedure niet is aangevangen of zolang deze nog loopt, hetgeen dan *mutatis mutandis* ook geldt voor het openbaar ministerie. De strekking van de overwegingen van de Hoge Raad in het hierboven afgedrukte arrest lijkt mij evenwel vooral te zijn dat het openbaar ministerie in principe de uitkomst van de (nog lopende) bestuursrechtelijke procedure afwacht, alvorens tot vervolging over te gaan (vgl. ook reeds onderdeel 3.3 van de conclusie van A-G Aben voor HR 3 januari 2012, *L/N* BU2863). Dat impliceert dat de strafrechter eerst na afloop van de bestuursrechtelijke procedure in beeld komt.

De Hoge Raad lijkt evenwel niet uit te sluiten dat soms ook buiten de situatie van het volledig doorlopen zijn van de bestuursrechtelijke procedure, onverwijld en zonder nader onderzoek kan worden vastgesteld dat de vreemdeling geen ‘vluchteling’ is in de zin van het Vluchtelingenverdrag. In zoverre is er geen absolute verplichting om de bestuursrechtelijke statusdeterminatie af te wachten. Tegelijkertijd lijken er wel zeer goede redenen aanwezig te moeten zijn om dat niet te doen. Gedacht kan worden aan het – onwaarschijnlijke – geval waarin de vreemdeling wel stelt een vluchteling te zijn, maar geen asiel-aanvraag doet. En ook aan de – minder onwaarschijnlijke – situatie waarin een dergelijke aanvraag wordt gedaan op evident ontoereikende gronden. Te denken valt daarbij aan een, na een eerdere negatieve beslissing, herhaalde aanvraag zonder dat nieuwe feiten en omstandigheden worden aangevoerd.

Tegen deze achtergrond is het alleszins nuttig dat de Hoge Raad in het hierna afgedrukte arrest *NJ* 2013, 332 als regel formuleert dat de vreemdeling niet behoort te worden vervolgd wegens het onmiskenbaar in het kader van zijn vlucht in het bezit hebben of aangewend hebben van vervalste documenten ‘zolang, kort gezegd, op de door de vreemdeling gedane eerste asielaanvraag nog niet onherroepelijk is beslist’. Daarmee wordt nader geconcretiseerd in welke situatie een strafrechtelijke procedure (nog) niet mag worden geëntameerd. Indien (voor de eerste maal) een asielaanvraag is gedaan en de procedure omtrent die (eerste) aanvraag is nog niet afgerond, dient het openbaar ministerie zich te onthouden van vervolging. Dat impliceert dat wanneer er (onherroepelijk) negatief op die aanvraag is beslist, een herhaalde aanvraag – behoudens bijzondere omstandigheden – niet aan vervolging in de weg staat.

5. Nadere aandacht vraagt ook rov. 2.9, waarin de Hoge Raad de beslissing in een eerder arrest tracht in te passen in de overwegingen in het hierboven afgedrukte arrest. De vraag rijst of de Hoge Raad daarmee niet meer verwarring creëert dan duidelijkheid schept. Ik licht dat toe. In HR 8 maart 2011, *NJ* 2011/242 m.nt. T.M. Schalken stelde de Hoge Raad het oordeel van het gerechtshof dat de vervolging van de vreemdeling lichtvaardig was geschied omdat – kort gezegd – de statusdeterminatie niet was afgewacht, in de sleutel van de algemene beginselen van een behoorlijke procesorde. Het ten onrechte

niet afwachten van de statusdeterminatie werd aangemerkt als een, in het licht van artikel 31 lid 1 Vluchtelingenverdrag, onredelijke belangenafweging door het openbaar ministerie. A-G Machielse refereerde in zijn conclusie voorafgaand aan dit arrest niet aan de algemene beginselen van een behoorlijke procesorde. Hij ging wel uitvoerig in op de betekenis die artikel 31 Vluchtelingenverdrag – gelet op de strekking van die bepaling en het bronnenmateriaal daarover (waaronder het eerder genoemde *Handbook*) – rechtstreeks heeft voor de vervolgingsbeslissing. De Hoge Raad volgde toen niet, althans niet expliciet, dat spoor. Opmerkelijk is evenwel dat de Hoge Raad in het hierboven afgedrukte arrest – als nog – wel duidelijk aansluiting zoekt bij diezelfde conclusie van A-G Machielse. Op onderdelen vertonen rov. 2.6-2.8 zelfs in hoge mate woordelijk gelijkenis met onderdeel 3.6 van de conclusie voor *NJ* 2011/242. Daarmee ontstaat het beeld dat de Hoge Raad in de hierboven afgedrukte zaak de ontvanke-lijkheid van het openbaar ministerie in rov. 2.1-2.8 rechtstreeks aan de hand van (het doel en de strek-king van) artikel 31 Vluchtelingenverdrag normeert, om dan in rov. 2.9 vrij plotseling de algemene be-ginselen van een behoorlijke procesorde van stal te halen.

Een gelukkige manoeuvre levert dit niet op. In andere rechtspraak omtrent artikel 31 Vluchtelin-geverdrag worden de beginselen van een behoorlijke procesorde niet genoemd (zie bijvoorbeeld *NJ* 2009/531). Dat is naar mijn mening ook goed verklaarbaar. Het gaat in de context van artikel 31 Vluchte-lingenverdrag niet, althans niet primair, om de afbakening van de aan het opportuniteitsbeginsel ver-bonden beleidsvrijheid van het openbaar ministerie aan de hand van de beginselen van een behoorlijke procesorde. Veeleer gaat het – gegeven de keuze om artikel 31 Vluchtelingenverdrag te ‘vertalen’ in een vervolgingsbeletsel – om een tamelijke strakke normering van de bevoegdheid tot vervolging die speci-fiek is toegesneden op de situatie dat een persoon die beweert vluchteling te zijn, een met de illegale binnenkomst of het illegale verblijf verbonden strafbaar feit zou hebben begaan. De beoordelingsruimte is daarbij tamelijk beperkt voor het openbaar ministerie, terwijl de vervolgingsbeslissing door de straf-rechter – zowel voor wat betreft de totstandkoming, als de uitkomst daarvan – ‘vol’ kan worden ge-toetst. Daarmee onderscheidt de normering aan de hand van artikel 31 lid 1 Vluchtelingenverdrag zich ook van de toetsing aan de beginselen van een behoorlijke procesorde, in welk verband de rechter zich zeer terughoudend dient op te stellen en niet licht tot een andere inhoudelijke afweging dan het open-baar ministerie mag komen (vgl. HR 6 november 2012, *NJ* 2013/109 m.nt. T.M. Schalken). Zo bezien, past het stramien dat in het hierboven afgedrukte arrest wordt gekozen veel beter bij de wens tot be-scherming van de vluchteling dan de benadering in *NJ* 2011/242. De Hoge Raad had daarom beter het wekken van de schijn van continuïteit kunnen vermijden.